

پدیدارشناسی فقهی اعتداد و انتساب در «شبهه»^۱

کبری پور عبدالله^۲

آیت الله عباسعلی عمید زنجانی^۳

چکیده

هر گاه مرد در اثر اشتباه، زن بیگانه را همسر شرعی خود بپندارد و با او آمیزش نماید، هم نسب شرعی شکل می‌گیرد و هم پس از کشف خلاف، عده ثابت می‌شود. این اشتباه می‌تواند ناشی از شبهه در موضوع یا شبهه در حکم باشد؛ ولی به هر حال معذوریت و نداشتن سوء نیت، فصل ممیز ماهیت شبهه است. وجود پراکندگی و عدم صراحت در ادله نقلی و طی شبهه، ابهامات متعددی در فروع فقهی آن به جا گذاشته است که همگی ناظر به اشکال در ماهیت معذوریت و تعیین جایگاه اعتداد و مهر است. در این نوشتار بر اساس متدلوژی استنباط فقهی و بهره‌مندی از محکقات اصولی، ثابت شده است که موارد تقصیر، مانع معذوریت است و اعتداد حق زوج شمرده می‌شود. موضوع مهر نیز طی ناشی از عقد است. در نتیجه نباید مطلق عدم علم را محکوم به شبهه دانست. عدم آگاهی از انعقاد نکاح و نیز علم به منعقد نشدن نکاح، مانع لزوم عده است؛ علاوه بر این، مهر اساساً عوض انتفاع از بضع است.

واژگان کلیدی

شبهه، وطی، مهر، عده، بضع، نسب، معذوریت

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۸۹/۳/۳؛ پذیرش نهایی مقاله: ۸۸/۱۲/۵

۲- دانشجوی دکتری فقه و اصول حوزه علمیه قم؛ عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق (ع)

۳- استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

مقدمه

مسأله ولد و وطی شبهه‌ناک از مباحث شایع فقهی است که تقریباً در همه جای فقه به شکل‌های گوناگون و اثرگذار با این موضوع و آثار و احکام آن روبرو می‌شویم. این اهمیت و شیوع، ضرورت جامع‌نگری فقهی را در خصوص «شبهه در وطی و ولد» ایجاب می‌کند. این عنوان در منابع فقهی به طور جزئی و در ضمن مسائل دیگر آورده شده است؛ در حالی که ملاحظه ابعاد مختلف و تبیین دیدگاه‌ها در این زمینه به صورت یک مجموعه مستقل، مورد نیاز هر پرسش‌گر فقهی می‌باشد. در این نوشتار کوشش بر این است که جامع‌نگری لازم صورت گیرد و ضمناً بعضی ابهامات ناگفته، به پاسخ برسد. سؤالات تحقیق عبارتند از:

۱- شبهه در تقسیمات فقهی از موارد زناست یا ملحق به نکاح می‌باشد؟

۲- در تعیین مصداق، چه مواردی از توالد و تناسل، شبهه محسوب می‌شوند؟

۳- مؤلفه‌های سازنده ماهیت شبهه و وجه مشترک مصادیق شبهه کدامند؟

۴- در چه صورت پس از تحقق شبهه، عده لزوم می‌یابد؟

سلسله مراتب بحث برای رسیدن به پاسخ سؤالات مزبور بدین گونه است که نخست در بررسی کیروی، جایگاه کلی و قانونی شبهه (از جهت نکاح یا زنا بودن) معلوم می‌شود. سپس مسائل متعدد فقهی که مبتنی بر وطی یا ولد شبهه هستند شمارش می‌شوند تا مصادیق جزئی (صغروی) شبهه شناسانده شود. پس از آن، در بحث از ماهیت شبهه معلوم می‌شود که تمام موارد سابق و جدید، دارای عناصر معذوریت (اشتباه) و جهل می‌باشند و در پایان برای پاسخ به یکی از مناقشات، ثابت خواهیم کرد که عده حق زوج است نه حکم؛ در نتیجه در موارد علم مرد و جهل زن، وطی شبهه عده ندارد.

بررسی مفهومی و مصداقی شبهه

قبل از ورود به هر یک از مناقشات بحث شبهه، لازم است «شبهه» از جهت مفهوم و مصداق شناخته شود. بدین منظور نخست در بررسی کیروی جایگاه

شبهه در مباحث فقهی بررسی می‌شود، سپس در بررسی صغروی مصادیق شبهه شناخته می‌شود و سرانجام از طریق بیان قدر متیقن در مصادیق به فهم ماهیت اصلی شبهه می‌رسیم:

۱- بررسی کبروی

در بررسی کبروی و تعیین حکم ولد شبهه، فقها اختلافی ندارند و گفته‌اند «ارسلوه ارسال المسلمات»؛ یعنی اثبات نسب از مسلمات شمرده می‌شود. مرحوم صاحب جواهر در مورد وطی به شبهه در صفحات متعدد بحث کرده ولی در یک سطر به اختصار بحث کبروی آن را چنین بیان کرده است که: نسب در وطی شبهه بنا بر هر دو قسم اجماع محقق می‌شود (نجفی، ۱۹۱۸ م، ج ۲۹، ص ۲۴۴). مرحوم حکیم در مستمسک ذیل کلام صاحب عروه جمله کوتاهی در مورد حکم مسأله بیان می‌کند و سپس در ۶ صفحه موضوع وطی به شبهه را بحث می‌کند. مرحوم شهید ثانی در مسالک خیلی کوتاه‌تر از صاحب جواهر حکم را بیان کرده، می‌فرماید: وطی به شبهه به موارد محقق نسب، ملحق می‌شود و اما ادله‌ای که این اتفاق را سبب می‌شوند بر سه قسم هستند: الف- اجماع؛ ب- شمول عمومات؛ ج- عدم شمول روایات. زیرا وقتی کودکی از وطی به شبهه متولد می‌شود، عنوان ولد بر او صادق است و ولد حرام هم نیست؛ پس عنوان شامل او می‌شود. از طرفی در فرزند نامشروع روایت داریم که شارع نسب را قبول نمی‌کند «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ولی در مورد وطی به شبهه چنین نیست و عمومات فقهی شامل آن می‌شود. به عبارت دیگر، روایات نفی نسب، مخصوص زناست.

۲- بررسی صغروی

در تعیین موارد وطی شبهه زیاد بحث شده است؛ مواردی از آن جزء مسلمات شمرده می‌شود و موارد مشکوکی هم هست که محل نزاع است. احصاء کلی آن‌ها موارد ده‌گانه زیر را شامل می‌شود:

الف- شبهه مبتنی بریقین *(اذا وطء امرأه مع اعتقاد قطعی انها امرأته)*: با زنی که اطمینان دارد همسر او شده آمیزش نماید. مثلاً با یقین به این که عده زن تمام شده، عقد و وطی انجام دهد.

ب - شبهه مبتنی بر دلیل معتبر *(اذا وطئها مع قیام دلیل شرعی معتبر)*: بنابر گواه معتبر موجب جواز، آمیزش نماید. مثلاً دو شاهد عادل شهادت دهند که صیغه خوانده شده است. پس وطی حاصل شود و بعد معلوم گردد که عقد خوانده نشده بود.

ج- شبهه مبتنی بر اصل شرعی *(اذا وطئها مع قیام اصل شرعی کالاستصحاب)*: بر اساس یک اصل در زمینه جواز، آمیزش نماید. مثلاً زوج در عده رجعی فکر می‌کند که عده زن تمام نشده است، به مقتضای استصحاب رجوع کرده، وطی نماید و بعد معلوم شود که عده تمام شده بود.

د- شبهه مبتنی بر دلیل غیرمعتبر *(اذا وطئها مع الظن غیرالمعتبر)*: بر اساس ظن غیرمعتبر، حکم به جواز کند. مثلاً گمان کند عقد خوانده شده است و وطی نماید. این ظن غیر معتبر است و بعضی آن را وطی به شبهه می‌دانند و بعضی نمی‌دانند. ه - شبهه مبتنی بر شک و وهم *(اذا وطئها مع الشک او الوهم)*: دلیل مرد برای جواز، شک یا وهم بوده باشد مثلاً شک داشته باشد یا احتمال دهد که این زن زوجه اوست.

و- شبهه ناشی از اکراه *(اذا وطء امرأه یعلم حرمتها علیه اکراهاً و جبراً)*: مرد علم به حرام بودن زن داشته باشد، اجبار هم در کار باشد. مثلاً زن را تهدید کند. در آن صورت، از ناحیه زوج زنا به عنف است ولی از ناحیه زوجه وطی به شبهه است. یا چنان باشد که شخص ثالثی زن و مردی را وادار به وطی کند.

ز- شبهه ناشی از اضطرار *(اذا واقعها اضطراراً)*: زن بنابر اضطرار بپذیرد (حدیثی در کتاب حدود هست که زنی متهم به زنا با مردی بود که زن از باب اضطرار راضی شده بود).

- ح - شبهه در حال جنون یا عدم تکلیف (اذا واقعها فی حال الجنون او فی حال الصغر): مرد مجنون یا غیر مکلف بوده باشد.
- ط - شبهه در حال خواب (اذا واقعها فی حال النوم): مرد در خواب بوده در این حال، ذاتاً مکلف است ولی موقتاً حالت نوم دارد که تکلیف را بر می‌دارد.
- ی - شبهه در حال مستی (اذا واقعها فی حال السكر): مرد در مستی بوده باشد، که دو صورت دارد، یا عمدی است یا غیرعمدی است. در این حال از ملحقات وطی به شبهه می‌باشد.
- همه مواردی را که نام بردیم، می‌توان در چند عنوان خلاصه کرد:
- الف - وجود حجت شرعی (یقین، اصل یا دلیل شرعی).
- ب - احتمال حجت شرعی (ظن، شک، وهم).
- ج - عدم تکلیف شرعی (غیر بالغ، نائم، مجنون، سکران).
- د - اضطرار، اکراه و اجبار.

۳ - بررسی ماهوی

آنچه در حل مباحث صغروی مبناست، ارائه تعریف جامع و درک ماهوی از موضوع می‌باشد.

از بین منابع مختلف، بررسی مفهومی مرحوم صاحب جواهر مفیدتر به نظر می‌رسد. وی از افراد مختلف برای وطی به شبهه سه تعریف نقل می‌کند:

تعریف اول: شبهه جایی است که با وجود عدم استحقاق، مرد دچار یقین باطل به استحقاق شده یا جاهل قاصر یا غیر مکلف است (نجفی، ۱۹۱۸م، ج ۲۹، ص ۲۴۴).

تعریف دوم: شبهه، ظن به استحقاق است ظاهراً این عدم استحقاق تمام احکام ظن را شامل می‌شود، اما مواردی مثل اجبار، اضطرار، اکراه و خفته بودن داخل در مسأله نیست (همو، ص ۲۴۸).

تعریف سوم: شبهه، ندانستن حرمت است. عدم علم، شک و وهم را هم شامل می‌شود (همانجا).

این تعاریف بعضی ظن و بعضی عدم العلم و بعضی تمام موارد را شامل می‌شود.

در برابر تمام این تعاریف یک اشکال اساسی هست که آیا این تعاریف بیانگر معنای لغوی شبهه‌اند یا معنی شرعی را در برمی‌گیرند؟

این در حالی است که هیچ استدلالی هم به نفع هیچ یک از آن‌ها وجود ندارد. زیرا ما زمانی به دنبال تفسیر یک کلمه می‌رویم که بتوان برای آن مستندی در منابع نقلی یا در اساس اجماع تعبدی بیابیم. در آیات و روایات، واژگان «وطی به شبهه» به کار نرفته و فقط از معاهد اجماعات است که آن هم از نظر بعضی اجماع مدرکی به نظر می‌رسد. البته حدیث مرسله‌ای داریم که در آن لفظ وطی به شبهه آمده و فقط دو مورد از ده مورد شبهه را شامل می‌شود. این حدیث را علی بن ابراهیم در تفسیر خود آورده است: شش نفر را نزد عمر بردند، عمر دستور داد همه را حد بزنند، علی رضی الله عنه حاضر بود و فرمود که این حد درست نیست و دستور داد یکی را رجم کردند، دیگری را حد زدند و دیگری را نصف حد زدند، چهارمی را معاف کرد و پنجمی را فرمود تعزیر کنند. حضرت تک تک موارد را توضیح داده و در مورد پنجمی فرمود از شبهه است و فقط تعزیر دارد (حرعاملی، ۱۳۸۳، ج ۱۸، ص ۳۵۰). «شبهه» در روایت مورد بحث، تفسیر نشده و احتمالاً مربوط به جایی است که شخص مقصر بوده اما بدون حد، و فقط تعزیر و تأدیب (صورت ظن و شک) داشته است. روشن است که اگر قاصر بود، تعزیر نداشت.

اگر سند حدیث مناسب بود، می‌توانست در موارد خاص به طور محدود مشکل را حل کند. در چنین شرایطی بیان ماهوی وطی به شبهه ناتمام می‌شود و ما در نهایت می‌گوییم: این لفظ ناظر به یک مفهوم مستقل نیست و در اصل عنوانی برای موارد ده‌گانه است و ما فقط موظفیم احکام شرعی مترتب بر عناوین ده‌گانه را بررسی کنیم و ببینیم آیا این احکام با احکام نکاح صحیح مطابق هستند یا با احکام زنا محرم. برای رسیدن به این مطلوب ابتدا وجوه افتراق نکاح و زنا را تعیین و سپس آن‌ها را ملاک قرار می‌دهیم تا معلوم شود شبهه به کدام یک ملحق می‌شود.

تفاوت نکاح با زنا

زنا از چهار لحاظ تفاوت اساسی با نکاح دارد:

- ۱- حد: زنا حد دارد و نکاح حد ندارد.
- ۲- مهر: زنا مهر ندارد، ولی نکاح مهر دارد.
- ۳- عده: زنا عده ندارد (البته محل بحث است که بعضی عده آن را یک حیض می‌دانند) ولی نکاح عده دارد.
- ۴- نسب: زنا نسب درست نمی‌کند (للماهر الحجر) ولی نکاح نسب دارد.

راه‌های بررسی احکام وطی به شبهه

برای بررسی و تطبیق احکام فوق درباره وطی به شبهه می‌توان از دو راه وارد شد:

- ۱- راه قاعده؛ ۲- از راه روایات خاصه پراکنده که مسأله را بیان می‌کنند.

۱- راه قاعده در تناسب حکم و موضوع

برای اجرای قاعده چهار حکم عمده را در نظر می‌گیریم:

۱- حد: وطی به شبهه ملحق به نکاح است و حد ندارد، مگر آن‌که حجت شرعی وجود نداشته باشد. مثلاً زن با احتمال وفات همسر، ازدواج کند، در اینجا استصحاب می‌گوید شوهر فوت نکرده و حجت شرعی وجود ندارد. پس اگر حیات زوج ثابت گردد، حد زن لازم می‌شود، یا مثلاً مست عاصی عمدی که می‌داند اگر مست شود سراغ این امور می‌رود، معذور نیست. پس قاعده اقتضا می‌کند که در مواردی که معذور باشد حد شرعی نداشته باشد.

۲- مهر: مطابق روایات، خطاکار مهر ندارد، اما کسی که خطایی کند و در خطایش معذور باشد، محترم است و از نظر شارع خطا کار نیست و لذا باید مهریه (مهر المثل) بگیرد. در مواردی هم که معذور نباشد مهر ندارد و عنوان بغی صدق می‌کند.

۳- عده: اجماع بر آن است که در موارد وطی به شبهه عده هست. صاحب جواهر می‌فرماید: بدون هیچ اختلاف و هیچ اشکالی در شبهه، عده لازم است (نجفی، ۱۹۱۸م، ج ۳۲، ص ۲۴۶). دلیل مسأله غیر از اجماع روشن است، چون اگر نطفه‌ای منعقد شود، حلال و محترم است و لذا عده دارد. مگر این‌که معذور نباشد که در آن صورت زنا خواهد بود. اما آیا زنا عده دارد؟ این مسأله محل بحث است. مرحوم صاحب عروه می‌فرماید: احتیاط بهتر آن است که به مدت یک حیض عده نگه دارد (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۲۳).

مرحوم آقا ضیاء در حاشیه همین مسأله از عروه می‌فرماید: علت احتیاط صاحب عروه، مقیدهای ضعیفی است که مشهور هم از آن اعراض کرده‌اند. یعنی احتیاط مذکور معتبر نیست (همانجا).

البته مرحوم شهید ثانی در *مسالك الافهام* از عده رفع اشکال می‌کند زیرا علت عده جلوگیری از اختلاط انساب است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۹، ص ۲۶۴).

۴- نسب: در اینجا «*للعاقر الحجر*» جاری نیست چون عنوان فقهی اب و ابن و ام و... صادق است و شارع نفی نسب نکرده است. پس ولد شبهه در حضانت، ارث، نکاح، ... به ولد نکاح ملحق است. البته همه این‌ها در صورتی است که معذور باشد. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که: طبق قاعده، در بررسی احکام و ملاحظه تناسب حکم و موضوع، وطی به شبهه در صورت وجود عذر به نکاح ملحق است.

۲- راه روایات خاصه

در ابتدا باید متذکر شد در این روایات، تعبیر وطی به شبهه وجود ندارد، بلکه مصادیق آن همراه با احکامی که به طور پراکنده در روایات موجودند، به چشم می‌خورد. ضمناً تمام مصادیق از قبیل شبهه نیستند و موارد جهل و جنون هم وجود دارد.

بیان مواردی از مهم‌ترین احادیث موجود در این زمینه به قرار زیر است:

الف - زراره از امام باقر علیه السلام: اگر خبر فوت یا طلاق دادن مرد را به زن بدهند و پس از عده و ازدواج زن، مرد اول بیاید، بر مرد جدید مقدم است و زن می‌تواند از مرد دوم مهر بگیرد و بر او حرام ابدی می‌شود (حرعاملی، ۱۳۸۳، ج ۲۲، ص ۱۷۵).
در این حدیث، مورد جهل، حکم مهر، وجود دلیل و حجت شرعی (معذوریت)، قیود سه گانه‌اند.

ب - محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام: اگر دو شاهد شهادت دهند مردی زنش را طلاق داده است و زن بر اساس سخن ایشان پس از عده ازدواج کند، آن گاه مرد اول بیاید و انکار طلاق کند و یکی از شهود شهادتش را تکذیب نماید، مرد دوم حقی بر زن نخواهد داشت، مهر از شاهد گرفته می‌شود و به مرد دوم می‌رسد و مرد اول هم صبر می‌کند تا عده ازدواج دوم تمام شود (همو، ص ۱۷۶). در اینجا مهریه و لزوم عده ثابت شده است و طریق معتبر یعنی معذور بودن نیز وجود دارد.

ج - ابو العباس از امام صادق علیه السلام: زنی که در عده ازدواج می‌کند باید از مرد دوم جدا شود و یک عده برای هر دو مرد نگاه دارد (همانجا). در این حدیث مقدار باقی‌مانده از عده زوج اول با عده وطی به شبهه تداخل کرده و معلوم می‌شود شبهه عده دارد. از نظر مورد هم احتمال دارد عام باشد و جایی را هم که دلیل معتبر شرعی ندارد شامل شود.

د - جمیل از بعضی اصحاب از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام: اگر زن در عده ازدواج کند، باید جدا شده، یک عده برای هر دو مرد نگاه دارد و اگر بعد از ۶ ماه یا بیشتر فرزندی به دنیا آورد متعلق به مرد دوم، و در کمتر از ۶ ماه به مرد اول ملحق است (همو، ص ۴۵۳). روایت با سند مرسله آشکار می‌کند که فراش موجود فعلی، همان شبهه است و ولد شبهه حکم فراش دارد. روایت صریحاً ولد شبهه را دارای نسب شرعی می‌داند و تمام احکام ولد را در وطی به شبهه جاری می‌سازد.

ح - نقل واقعه امیرالمؤمنین علیه السلام: زنی نزد خلیفه دوم اقرار به زنا کرد و او امر به رجم کرد. علی علیه السلام در آنجا حاضر بود و از زن توضیح خواست. زن عرضه داشت: در بیابانی زیاد تشنه شدم؛ به خیمه اعرابی رفته از او تقاضای آب کردم او شرط تمکین گذاشت؛ من نپذیرفتم، ولی وقتی در آستانه مرگ قرار گرفتم پذیرفتم. حضرت علی علیه السلام فرمود: این زن مضطر بوده است؛ رهایش کنید (حرعاملی، ۱۳۸۳، ج ۲۲، ص ۱۱۰). در این حدیث موارد اکراه و اضطرار و عدم حد دیده می‌شود، که وقتی حد نباشد، زنا هم نیست و وقتی زنا نباشد، در نتیجه نسب، مهر و عده هست.

نتیجه می‌شود که در ادله نقلی مذکور، موارد اکراه، یقین و ظن، همراه با حکم نسب، حکم حد و حکم مهر وجود دارد که وقتی همه را جمع کنیم و قیود اضافی را از موضوع بحث جدا نماییم، این قاعده کلی به دست می‌آید که: در تمام موارد وطی به شبهه که معذوریت باشد، احکام عقد صحیح یعنی مهر، نسب، عده، عدم حد جاری است.

مروری بر آراء فقها در بحث تفاوت نکاح با وطی به شبهه

مرحوم شیخ انصاری در کتاب نکاح خود آورده‌اند که بنا بر حسنه حلبی از امام صادق علیه السلام اگر مردی زنی را از روی جهل در عده‌اش عقد کند و با او نزدیکی نماید، مهر زن و عده دوم لازم می‌شود و چون شبهه به منزله نکاح صحیح است، به شرط فاصله شش ماه از مبدأ نزدیکی، کودک به این مرد ملحق است (انصاری، ۱۴۱۵هـ ص ۴۱۵)، (عمده استدلال ایشان بر اساس منابع نقلی بوده است).

مرحوم آیت الله اراکی در کتاب نکاح خود آورده‌اند که تمام آثار عقد صحیح و آمیزش، بر جاهل مترتب است (اراکی، ۱۴۱۹هـ ص ۱۷۴). ایشان ضمن آن که جاهل را معذور می‌دانند، شخص مردد (موضوعی و حکمی) را غیر معذور می‌شمارند. زیرا هر عالم به حکم تکلیفی، عالم به حرمت ابدی هم هست و جهل به حرمت ابدی کافی نیست. ایشان در این زمینه به صحیح عبدالرحمان بن الحجاج استناد

کرده (حر عاملی، ۱۳۸۳، ج ۲۰، ص ۴۵۱)، آن را مبنای توضیح جهل در موارد دیگر می‌دانند.

مرحوم فاضل نیز در کتاب نکاح، برای موارد جهل طرفین، به روایاتی که عده و مهر در شبهه را ثابت می‌کنند، پرداخته‌اند و بدون تصریح به اثبات مهر و عده، از روایات بحث نموده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ هـ ص ۲۶۵). از آنچه گفته شد نتیجه گرفته می‌شود که عموم آرا و فتاوا بیانگر موضوعیت جهل و معذوریت در تحقق ماهیت شبهه می‌باشند.

پیامدهای مورد بحث و مناقشه در وطی به شبهه

قانون مدنی در ماده ۱۱۵۷ اعلام می‌کند که: «زنی که به شبهه با کسی نزدیکی کند باید عده طلاق نگه دارد».

از ظاهر این ماده فهمیده می‌شود که لزوم نگهداری عده مربوط به موردی است که زن در اشتباه باشد و رابطه نسبت به او مشروع به حساب آید.

سؤال این است که آیا مطلق اشتباه در آمیزش چه از طرف زن و چه از طرف مرد، برای لزوم عده کفایت نمی‌کند؟ و آیا لزوم نگه داشتن عده باید منحصر به شبهه احد زوجین (فقط زن یا فقط مرد) باشد؟

عده‌ای از صاحب‌نظران از ظاهر ماده چنین برداشت کرده‌اند که زن در صورتی باید عده نگه دارد که خود در شبهه باشد و در موردی که تنها مرد در اشتباه باشد و زن حقیقت را بداند زن اجباری در نگاه داشتن عده ندارد. از جمله مرحوم دکتر سید حسن امامی به این مطلب اشاره دارد و این نظر را به گروهی از فقها نسبت می‌دهد، ولی در نهایت پیشنهاد می‌کند قانون مدنی چنان تفسیر شود که شامل همه موارد علم به فساد (چه از طرف زن و چه از طرف مرد) بشود (امامی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۵).

اما بعضی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۱۶)، از ظاهر ماده مذکور چنین برداشت کرده‌اند که اشتباه زن به تنهایی، مانند اشتباه مرد به تنهایی، برای لزوم نگهداری عده کافی است و لزوم عده، منحصر به شبهه نزد زن نیست. ولی مرحوم صاحب

جواهر پس از بیان عده طلاق در شبهه، عباراتی دارد که نشان می‌دهد ایشان بر خلاف صاحب مسالک و حدائق و برخلاف آراء شیخ، به استناد اصل و دلیل، ثبوت عده را در صورتی که فقط زن جهل به موضوع داشته باشد، منتفی می‌داند (نجفی، ۱۹۱۸ م، ج ۳۲، ص ۲۷۸).

آنچه مبنای این نظر است حق یا حکم بودن اعتداد است که ذیلاً به آن می‌پردازیم.

ماهیت اعتداد و رابطه آن با بحث

نویسندگان قانون مدنی در ماده ۱۱۵۷ نشان داده‌اند که عده، حکم است نه حق، و هدف از آن جلوگیری از اختلاط نسل است نه حفظ حقوق مرد. برای بررسی ماهیت عده که «حکم» است یا «حق»، مروری بر تعریف آن لازم است:

مرحوم صاحب جواهر معتقد است به لحاظ فقهی، خود زوج و نه هر کس که فاعل آمیزش بوده، موجب عده است و فرقی نمی‌کند علت مفارقت از قبیل فسخ، طلاق و غیره باشد. یعنی باید گفت عده از موارد حق زوج است نه حکم شرعی که بخواهیم بر اساس علت یا حکمت آن در صور مختلف قائل به حذف عده شویم (همو، ص ۲۱۱). ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی در تعریف عده می‌گوید:

«عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی‌تواند شوهر دیگری اختیار کند».

حقوق‌دانان نتیجه می‌گیرند که عده از آثار انحلال نکاح است نه نتیجه نوع ارتباط موجود بین زوجین. قانون‌گذار نزدیکی به شبهه را در حکم نزدیکی با نکاح صحیح، قرار داده است و به دلیل این‌که از نوع نکاح است، عده می‌خواهد. آن‌ها نزدیکی در شبهه را ملاک نمی‌دانند و اساساً معتقد نیستند که هر نوع نزدیکی طرفین باعث اجرای حکم عده است؛ به همین دلیل «زنا» عده ندارد، هر چند زن در اثر زنا باردار باشد. آن‌ها مبنای حکم لزوم اعتداد را در دو نکته خلاصه می‌کنند:

۱- جلوگیری از اختلاط نسل.

۲- رعایت حرمت نکاحی که منحل شده است و فراهم ساختن امکان بازگشت به آن.

البته هیچ یک از دو مصلحت مذکور نمی‌تواند تمام احکام عده را توجیه کند و بدین جهت نتیجه می‌گیرند که این دو مورد حکمت عده است نه علت آن.

دکتر کاتوزیان در همین جا دو اشکال را مطرح می‌کند و می‌گوید:
اولاً- وقتی عده وفات را به طور معمول مستند به لزوم رعایت احترام به نکاح می‌کنند، معلوم نیست چرا شوهر نباید چنین حرمتی را نگه دارد؟

ثانیاً- به درستی نمی‌توان فهمید چرا مدت این عده چهار ماه و ده روز است. به بیان دیگر، مصالحی که یاد شد، دو عامل مهمی است که قانون‌گذار را در وضع احکام مربوط به عده برانگیخته و رابطه علیت آن‌ها با قوانین ما به دلایلی از جمله مخلوط شدن با عادات و رسوم اجتماعی، قطع شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۰۶-۵۰۷).

از آنجا که طرح این دو اشکال از مبادی نظری در بحث عده ناشی می‌شود بهتر آن است که دیدگاه نخست درباره ماهیت عده مرور شود تا بتوان به درستی، به حل این دو اشکال و نظایر آن دست یافت. برای این منظور لازم است تعدادی از فروع بحث عده دوباره مورد توجه قرار گیرند:

الف- زنی که با او نزدیکی نشده، عده ندارد، اعم از آن که با طلاق، فسخ یا بخشش مدت جدا شده باشد (نجفی، ۱۹۱۸م، ج ۳۲، ص ۲۱۱).

ب - عده نتیجه نزدیکی است (همو، ص ۲۱۵).

ج - اگر بعد از وطی شبهه مرد فوت کند، عده طلاق لازم می‌شود؛ زیرا حکم عده به دلیل نزدیکی است نه عقد (همو، ص ۲۸۴).

د- زنی که در عده است نکاحش باطل است و اگر در این نکاح، با علم به حرمت آمیزش شود، چون زنا بوده عده لازم نمی‌شود (نجفی، ۱۹۱۸م، ج ۳۲، ص ۳۶۴).

یعنی با علم به تحریم، فعل مرد زنا است و در جایگاه فقهی و حقوقی «زوج» قرار ندارد، در نتیجه درست مثل غیر آمیزش، عده لزوم ندارد.

در فروع الف، ب و ج عده مترتب بر نزدیکی بوده است، ولی در فرع «د» چنین نیست؛ زیرا در آن موارد سه‌گانه، فاعل زوج بوده (چه با نکاح شرعی و چه به شبهه) ولی در فرع «د» فاعل زوج نبوده و زانی است. در نتیجه: اولاً- نمی‌توان به مصلحت جلوگیری از اختلاط نسل ملتزم شد، والا وطی در زنا نیز باید معتبر می‌بود و عده را لازم می‌کرد.

ثانیاً- اگر مبنای رعایت حرمت نکاح انحلال یافته، اعتبار داشت، نمی‌بایست در موارد وطی به شبهه (فرع «ج») عده طلاق لزوم می‌یافت، چون در شبهه عملاً و واقعاً نکاحی انعقاد نیافته که عده نگاه داشتن زن موجبات بازگشت آن را فراهم کند (مبنای دوم مذکور).

ثالثاً- عده را باید اساساً حق زوج دانست، آن هم حق زوجی که نزدیکی کرده است. در نتیجه مثلاً در مورد وفات زوجه موضوعی برای حق زوج شکل نمی‌گیرد تا عده وفات برای زوج (مردی که زنش فوت کرده) لازم شود؛ در حالی که بر عکس در وفات زوج، حق زوج نزدیکی‌کننده موضوعیت می‌یابد و عده بر زوجه لازم می‌شود (پاسخ اشکال اول).

رابعاً- هر گاه بخواهیم عده وفات را قیاس به عده طلاق کنیم، این سؤال پیش می‌آید که چرا عده وفات باید چهار ماه و ده روز باشد، ولی وقتی بدانیم عده وفات در موضوع و محمول خود و در شمولیت نسبت به تمام موارد، تابع اطلاق ادله خود در کتاب، سنت و اجماع مسلمین می‌باشد، نتیجه خواهیم گرفت که مقدار عده وفات هم تابع رأی شارح و قانون‌گذار شرعی است و محتاج قیاس در فهم ماهیت خود و احکام مترتب بر آن نیست. به ویژه آن که فرق ظاهر بین عده طلاق و عده وفات وجود دارد و به عنوان مثال مرحوم صاحب جواهر در این زمینه عباراتی دارند (همو، ص ۲۷۴). ایشان عده وفات را اظهار حزن زوجه و احترام به فراش می‌دانند و در این جهت به حکم حداد (خودداری کردن زن از تزئین و ...) استشهد می‌کنند (پاسخ به اشکال دوم).

علاوه بر آنچه ذکر شد، می‌توان به مدارکی که هر یک جداگانه می‌توانند دلیل صریحی بر «حق زوج بودن» در اعتداد باشند، استناد کرد:

۱- مرحوم شیخ مفید می‌فرماید: وقتی زن از زوجهش به یکی از عوامل مانند طلاق یا خلع یا مبارات جدا می‌شود احکام (عده و ...) به عهده‌اش می‌آید. ایشان در همین راستا به آیه ۴۹ سوره احزاب اشاره می‌فرمایند که: *یا ایها الذین امنوا... من قبل ان تمسوهن فما لکم علیهن*؛ «مردان وقتی قبل از نزدیکی زنان خود را طلاق می‌دهند حقی به گردن آن‌ها (عده) ندارند» (مفید، ۱۴۱۴هـ ص ۴۳).

۲- مرحوم حکیم می‌فرماید: اگر ولی یا وکیل «زن در عده» را به نکاح دیگری در آورد، موجب حرمت ابدی نمی‌شود؛ زیرا ملاک علم زوج است و اساساً عده برای منع غیرصاحب عده وضع شده است تا احترام صاحب عده (زوج) تأمین شود (حکیم، ۱۴۰۴هـ ج ۱، ص ۱۲۵).

۳- مرحوم فاضل هندی می‌فرماید: زنی که زوج او با او نزدیکی نکرده است، در اثر طلاق یا فسخ، در عده قرار نمی‌گیرد... حتی اگر بدون نزدیکی مایع مرد به باطن زن رسیده باشد (فاضل هندی، ۱۴۰۵هـ ج ۲، ص ۱۲۵).

در همه موارد مذکور، عده حق زوج دانسته شده است. لذا در مواردی که پس از طلاق یا فسخ، حقی برای زوج شرعی وجود نداشته باشد، عده نیز وجوب نمی‌یابد.

همچنین آنچه که از موارد «حکم عده» دانسته شده، در واقع ناشی از حق زوج است؛ زیرا اختلاط نسب و رعایت حرمت نکاح، مبتنی بر حق زوج است. در اینجا می‌توان به پاسخ نهایی اشکال به ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی که در منابع فقهی هم تا حدی به آن پرداخته شده است، رسید.

در موضوع وطی به شبهه، علم یافتن موضوع زنا را می‌سازد و جهل یافتن و نظایر جهل، شبهه را شکل می‌دهد. اما وقتی فقط زن در جهل و اشتباه باشد که این هم از موارد شبهه می‌باشد باید دید که آیا باز هم عده لازم است یا نه؟ در موردی که فقط مرد در اشتباه باشد، بحثی نیست که عده لازم دارد. وقتی عده را

از موارد «حکم» بدانیم که هدف آن جلوگیری از اختلاط نسل است (آن طور که در بعضی منابع حقوقی مندرج است) باید به این نکته توجه کنیم که وقتی سابقه نکاح در کار نباشد، لازم نیست رعایت اختلاط نسل با آن نکاح شود؛ زیرا اولاً- نطفه زناکار ارزش ندارد و برخلاف «الولد للفراش»، در موارد زنا «للعاهر الحجر» داریم؛ یعنی مرد زناکار فراش ندارد و فقط مستحق حد است؛ ثانیاً- در عبارات سابق دانستیم که عده، اساساً حق زوج نزدیکی کننده است نه حد هر نزدیکی کننده‌ای. در اینجا مرد عالم به تحریم بوده است؛ پس زانی است و زوجی نیست که حقی داشته باشد، در نتیجه در موارد جهل زن و علم مرد، عده لازم نمی‌شود.

به نظر نگارنده، رأی مرحوم صاحب جواهر که آن را به مرحوم فاضل هندی صاحب کشف اللثام نیز نسبت داده، اصح است و در موارد شبهه که زن جاهل و مرد عالم به تحریم است، فرزند ملحق به مرد نیست، مرد حد زانی می‌خورد، به زن مهرالمثل می‌رسد و عده هم بر او واجب نیست.

البته مرحوم امام خمینی به احتیاط واجب (نه قطع و فتوی) حکم به لزوم عده کرده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۶۱۳). ایشان معتقدند که در شبهه مربوط به زن، بنا بر احتیاط، عده لازم است.

البته صرف نظر از نزدیکی، بنا بر اصل انعقاد نکاح، عده زن چهار صورت دارد:
۱- هر دو عالم به موضوع و حکم بوده‌اند که نکاح باطل است و حرمت ابدی رخ می‌دهد.

۲- یکی از آن دو علم به موضوع و حکم دارد که باز نکاح باطل و برای او حرمت ابدی محقق می‌شود و طبعاً به طرف دیگر هم سرایت می‌کند.

۳- هیچ کدام علم به موضوع یا علم به حکم یا علم به هر دو، را ندارند که به شرط نزدیکی، حرمت ابدی رخ می‌دهد.

۴- اگر هم آمیزشی نبوده، نکاح باطل است؛ ولی حرمت ابدی رخ نمی‌دهد.

باز هم فرض دوم محل بحث است که آیا می‌توان گفت برای عالم حرام و برای جاهل حلال است؛ یعنی هر کدام حکم جداگانه دارند؟

حضرت آیت الله مکارم در مباحث درس خارج خود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۱۷۵) در این زمینه قائل به تفکیک بین حکم واقعی و حکم ظاهری شده‌اند و با پرداختن به حکم ظاهری قائل به تفکیک حکم زن و مرد شده‌اند؛ یعنی همان چیزی که این نوشتار نیز در همین سطور (عدم لزوم عده در جهل زن و علم مرد) ثابت می‌کند.

ایشان استناد به دو حدیث نموده‌اند که:

الف- در صورت عدم آمیزش، ازدواج برای جاهل جایز و برای عالم ممنوع است.^۱

ب- در شبهه، وقتی یک طرف عمد و طرف دیگر جهل داشته باشد، طرف دارای عمد منع ابدی برای ازدواج با طرف جاهل می‌یابد.^۲

در هر دو روایت حمل بر حکم ظاهری شده است، چون حکم واقعی قابل تفکیک نیست. به این معنا که زوجیت امر بسیطی است و قابل تجزیه نیست تا شارع بگوید از یک طرف حرام و از طرف دیگر حلال است.

بعضی بزرگان به مسأله معاونت بر اثم استناد نموده‌اند و مثلاً مرحوم صاحب حدائق معتقد است طرفی که عالم باشد، مرتکب حرام شده است، طرف دیگر هم نباید مراجعت کند و الا معاونت بر اثم کرده که حرام است (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۳، ص ۵۹).

بعضی بر این قائلند که محل بحث از موارد معاونت بر اثم نیست؛ زیرا در

۱- و ان لم یدخل حلت للجاهل و لم تحل للآخر.

۲- فقلت: فان كان احدهما متعمداً و الاخر بجهل فقال: الذی تعمد لا یحل له أن یرجع الی صاحبه ابدأ (حرعاملی، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص ۴۵۱).

معاونت بر اثم مباشر، معاون و دو عمل جداگانه وجود دارد، اما عقد نکاح واقعیت واحد است. در حالی که به نظر می‌رسد این پاسخ مناسبی برای گفتار صاحب حدائق نیست؛ زیرا:

گاهی عمل از قبیل نوشیدن آب است و گاهی از قبیل مکالمه بین دو نفر که بدون معاونت طرفین تحقق نمی‌یابد. در نوشیدن آب کمک کردن مطرح نیست، اما در مکالمه کمک دیگری مطرح است. عقد نکاح نیز بین دو نفر است و اگر برای طرف ایجاب، طرف قبول نباشد یا بالعکس، واقعیت نکاح شکل نمی‌گیرد. بنابراین، اساس معاونت بر اثم در چنین نکاحی صادق است.

اما سخن در این است که وقتی طرف عالم به حرمت، نتواند اقدام به انعقاد کند، طرف جاهل انعقادش تمامیت نمی‌یابد و معاونت بر اثم فعلیت شرعی نمی‌یابد و الا چه بسا طرف جاهل اقدام به نکاح باطل با طرف عالم بنماید و معاونت بر اثم خارجی رخ دهد! نظیر همین سخن را مرحوم حکیم معتقدند که طرف جاهل نمی‌تواند مرتکب مساعدت بر اثم و عدوان شود؛ البته ایشان مورد را مصداق تجری می‌داند (حکیم، ۱۴۰۴ هـ ج ۱، ص ۱۹۹).

در هر صورت با توجه به دو روایت گفته شده، به بحث تفکیک در حکم ظاهری منتقل می‌شویم که نکاح در زمان عده به لحاظ واقعی باطل است و هیچ یک نمی‌توانند ترتیب اثر دهند اما: اگر زن بگوید عده من تمام شده و عقد کنند و بعد از مدتی زن ادعا کند که عده‌اش تمام نشده بود، ادعای او بر ضد عقد صحیح پذیرفته نیست، مگر این که شاهد اقامه کند. پس اگر مرد احتمال کذب دهد، می‌تواند ادعای زن را نپذیرد و او را همسر خود بداند و الزام به تمکین کند. در این حال، اگر زن واقعاً بداند عقد در عده بوده باید ترتیب آثار زوجیت را ندهد، تمکین نکند و خود را مستحق نفقه و ارث نداند. پس روایات حمل بر حکم ظاهری می‌شوند و این در جایی است که معلوم نباشد زن راست می‌گوید. قرینه بر این حمل، محال بودن تجزیه در حکم واقعی است و الا غیرمعقول است که امام برای یک موضوع بسیط دو حکم واقعی «هنا حلال و هنا حرام» بیان نماید.

این تفکیک در «حکم ظاهری»، مبنای اصولی دارد؛ مثل وقتی که لباس نجس را در آب پاکی که به کر بودن آن شک داریم می‌شوئیم و هنگام شک در نجاست لباس، استصحاب نجاست و هنگام شک در طهارت آب استصحاب کر بودن و طهارت می‌کنیم. از نظر واقعی این حکم صحیح نیست که آب پاک باشد ولی لباس نجس بماند، اما حکم ظاهری یعنی ترتیب اثر بلا اشکال است که آب را بتوان نوشید ولی با لباس نتوان نماز نخواند. مخالفت قطعی اجمالی هم در این امر نشده است. پس در حکم ظاهری جعل دو حکم متناقض نیست، بلکه در واقع دو ترتیب اثر است که با هم تناقض ندارند.

یافته‌های پژوهش

به لحاظ کلی در حکم شبهه اختلافی وجود ندارد و اعتقاد بر این است که نسب در وطی شبهه محقق می‌شود، اما در بررسی عناوین دهگانه آن به موارد مشکوک برمی‌خوریم که محل نزاع واقع شده‌اند. لذا در این مقاله بر آن شدیم تا در ماهیت شبهه مرور مجدد کنیم و بنای قاطعی برای پاسخ به اشکالات پیدا نماییم. دقت در ماهیت شبهه نشان داد که این لفظ ناظر به یک مفهوم مستقل نیست و در اصل عنوانی برای موارد دهگانه است. تعیین احکام شرعی در هر یک از این موارد هم باید بر اساس صورت‌های چهارگانه تفاوت نکاح با زنا یعنی حد، مهر، عده و نسب، صورت گیرد. بررسی‌ها ثابت کرد مطابق قاعده به شرط وجود عذر، وطی به شبهه به نکاح ملحق است که به معنی نفی حد و ثبوت مهر، عده و نسب است. در نتیجه، معذوریت، اساس تفکیک شبهه از زنا می‌باشد. مطابق ادله نقلی نیز موارد اکراه، یقین و ظن، همراه با حکم نسب، حکم حد و حکم مهر وجود دارد که وقتی همه را ضمیمه کنیم و قیود اضافی را از موضوع بحث جدا کنیم، قاعده کلی به دست می‌آید که در همه موارد معذوریت، احکام عقد صحیح (مهر، نسب، عده و عدم حد) جاری است. همچنین عموم آرا و فتاوا، بیانگر موضوعیت جهل و معذوریت در تحقق ماهیت شبهه، می‌باشند.

ملاحظه یکی از فروع مورد نقد و مناقشه یعنی انحصار جهل به زن، نیز نشان داد که می‌توان ثابت کرد عده نگه داشتن حق زوج است نه حکم، پس وقتی مرد عالم به حرمت باشد، موضوع زنا شکل می‌گیرد و تمام احکامی که در کلام مرحوم صاحب جواهر آمده است لازم می‌شوند؛ یعنی فرزندی ملحق به مرد نمی‌شود، مرد حد زانی می‌خورد، به زن مهرالمثل می‌رسد و عده هم بر او واجب نمی‌گردد.

منابع و مأخذ

- ✓ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۶، چاپ هشتم
- ✓ اراکی، محمد علی، *کتاب النکاح*، قم، انتشارات مرکز فرهنگی نور نگار، ۱۴۱۹هـ چاپ اول
- ✓ انصاری، مرتضی، *کتاب النکاح*، قم، لجنة تحقیق تراث الاعظم، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۵هـ چاپ اول
- ✓ بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، الجامعه المدرسین، ۱۳۶۳
- ✓ حر عاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۳هـ چاپ دوم.
- ✓ حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مکتبه آیت الله العظمی مرعشی النجفی، ۱۴۰۴هـ
- ✓ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *تکمله العروه الوثقی*، قم، مکتبه داوودی، بی‌تا
- ✓ فاضل لنکرانی، محمد، *النکاح*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۱هـ چاپ اول
- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، چاپ چهارم

- ✓ مکارم شیرازی، ناصر، **کتاب النکاح (سلسله مباحث خارج فقه)**، قم، مدرسه
الامام امیر المؤمنین علیه السلام
، ۱۳۸۰، چاپ اول
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار
امام خمینی، ۱۳۷۹، چاپ اول
- ✓ جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسه
المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ چاپ اول
- ✓ نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت،
دار احیاء التراث العربی، ۱۹۱۸ م، چاپ هفتم
- ✓ فاضل هندی (اصفهان‌ای)، بهاء الدین محمد بن حسن بن محمد، **کشف اللثام**، قم،
مکتبه السید المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ هـ
- ✓ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، **احکام النساء**، تحقیق مهدی نجف، بیروت،
دارالمفید، ۱۴۰۴ هـ / ۱۹۹۳ م، چاپ دوم